

Entscheidungsanmerkung

Nachteilsausgleich, Einlagenrückgewähr und Schadensersatz im faktischen Aktienkonzern

1. Die Gewährung eines unbesicherten, kurzfristig rückforderbaren „upstream-Darlehens“ durch eine abhängige Aktiengesellschaft an ihre Mehrheitsaktionärin ist kein per se nachteiliges Rechtsgeschäft i.S. von § 311 AktG, wenn die Rückzahlungsforderung im Zeitpunkt der Darlehensausreichung vollwertig ist. Unter dieser Voraussetzung liegt auch kein Verstoß gegen § 57 AktG vor, wie dessen Abs. 1 S. 3 n.F. klarstellt. An der gegenteiligen Auffassung im Senatsurteil vom 24.11.2003 (BGHZ 157, 72 = NZG 2004, 233 = NJW 2004, 1111; zu § 30 GmbHG) wird auch für Altfälle nicht festgehalten.

2. Unberührt bleibt die aus § 93 I 1 AktG folgende und nicht durch §§ 311, 318 AktG verdrängte Verpflichtung der Verwaltungsorgane der abhängigen Gesellschaft, laufend etwaige Änderungen des Kreditrisikos zu prüfen und auf eine sich nach der Darlehensausreichung andeutende Bonitätsverschlechterung mit einer Kreditkündigung oder der Anforderung von Sicherheiten zu reagieren. Die Unterlassung solcher Maßnahmen kann ihrerseits unter § 311 AktG fallen und Schadensersatzansprüche aus §§ 317, 318 AktG (neben solchen aus §§ 93 II, 116 AktG) auslösen. (Amtliche Leitsätze)

AktG §§ 57, 93, 116, 311, 317, 318

BGH, Urt. v. 1.12.2008 – II ZR 102/07 (OLG Jena, LG Erfurt) („MPS“)¹

I. Rechtsgebiet und Problemstellung

1. Einleitung

Urteile, die eine Wende in der Rechtsprechung in zentralen Fragen bedeuten, sind stets von hoher Relevanz für das Examen und für die Ausbildung in den Schwerpunktbereichen. Um ein solches Urteil handelt es sich bei der „MPS“-Entscheidung des II. Zivilsenats. Es geht hierbei um die Reichweite des Verbots einer Einlagenrückgewähr an Aktionäre nach § 57 Abs. 1 AktG und um den Nachteilsausgleich im faktischen Aktienkonzern nach § 311 AktG, ferner um die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Mitglieder der Organe einer abhängigen Aktiengesellschaft auf Schadensersatz haften, wenn die AG ein Darlehen an einen Aktionär ausreicht und sich nach gewisser Zeit herausstellt, dass der Aktionär das Darlehen nicht zurückzahlen kann. Diese Probleme sind sowohl für die Vorbereitung auf das Staatsexamen als auch für die jeweils einschlägigen Schwerpunktbereiche im Kapitalgesellschaftsrecht bedeutsam.

¹ BGH NJW 2009, 850 = NZG 2009, 107. Das Urteil kann auch unter www.juris.de oder unter www.bundesgerichtshof.de abgerufen werden.

2. Sachverhalt

Im Streitfall hatte die M-AG in den Jahren 1998-2001 ihrer Mehrheitsaktionärin, der mit 51% am Grundkapital beteiligten MPS-GmbH, etliche unbesicherte, jederzeit kündbare Darlehen mit anfangs rapide ansteigenden Darlehenssummen (3,65 Mio in 1998, 7 Mio. in 1999, 35 Mio in 2000, 34 Mio. in 2001) zur Finanzierung von Grundstückskäufen gewährt. Streitig ist, ob die Verzinsung der Darlehen zu marktüblichen Bedingungen erfolgte. Bei Abschluss der Darlehensverträge und Auszahlung der Darlehenssummen an die MPS-GmbH bestanden unstreitig keinerlei Hinweise auf eine fehlende Werthaltigkeit der Darlehensforderungen der M-AG. Dies wurde auch vom Abschlussprüfer im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses für 2000 festgestellt. In seinem Prüfbericht im März 2001 wies er aber ausdrücklich darauf hin, dass für die Darlehen keine Sicherheiten bestehen.

In der Folgezeit geriet die M-AG in finanzielle Schwierigkeiten. Über ihr Vermögen wurde ebenso das Insolvenzverfahren eröffnet wie über das Vermögen der MPS-GmbH. Der Insolvenzverwalter der M-AG erhebt Klage gegen zwei Mitglieder des Aufsichtsrats der M-AG auf Schadensersatz in der Höhe, in welcher die M-AG mit ihren Darlehensforderungen in der Insolvenz der MPS-GmbH ausgefallen ist. Zuvor hatte der Insolvenzverwalter mit den Vorstandsmitgliedern der M-AG ein „Stillhalteabkommen“ vereinbart, dass die Vorstandsmitglieder gegen Barzahlung eines bestimmten Geldbetrages für bis dahin bekannte Sachverhalte nicht gerichtlich in Anspruch genommen werden sollten.

II. Kernaussagen des Urteils

1. Keine Nachteilehaftigkeit der Darlehen im Sinne von § 311 Abs. 1 AktG

Unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Schadensersatzhaftung nach § 318 Abs. 2 AktG (i.V.m. §§ 311, 317 AktG) prüft der BGH zunächst, ob die ungesicherten „upstream-Darlehen“ einer abhängigen AG an das sie beherrschende Unternehmen per se nachteilig im Sinne von § 311 Abs. 1 AktG sind. Nur dann und nur wenn der Nachteil nicht bis zum einschlägigen Geschäftsjahresende tatsächlich ausgeglichen oder ein Rechtsanspruch auf einen zum Ausgleich bestimmten Vorteil gewährt worden ist, wäre der Weg für eine auf §§ 317, 318 AktG gestützte Schadensersatzklage gegen Mitglieder der Organe der M-AG überhaupt eröffnet. Den Abschluss der Darlehensverträge und die Auszahlung der Darlehenssummen sieht der BGH jedoch nicht als nachteilig an, weil im damaligen Zeitpunkt der M-AG unstreitig ein vollwertiger Rückzahlungsanspruch gegen die MPS-GmbH bestand. Der BGH weist im Zusammenhang mit der Frage einer verbotenen Einlagenrückgewähr darauf hin, dass ein bloßer „Aktiventausch“ stattgefunden habe (Forderung gegen die MPS-GmbH auf Darlehensrückzahlung an Kasse bzw. an Guthabenforderung gegen kontoführende Bank).²

Die Tatsache, dass für die Darlehen der M-AG keine Sicherheiten bestellt waren und die Darlehensbedingungen einem Drittvergleich nicht standhalten, ein ordentlicher und

² Vgl. BGH NJW 2009, 850 (852 Rn. 12). Zum Aktiventausch siehe § 266 Abs. 2 B II, IV HGB.

gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen AG die Darlehen mithin nicht unter diesen Konditionen ausgereicht hätte (§ 317 Abs. 2 AktG), mache die Darlehen nicht per se nachteilig, sofern keine konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage der M-AG vorliege.³

Ein Nachteil sei der M-AG zwar möglicherweise dadurch entstanden, dass für die Darlehen keine marktüblichen Zinssätze vereinbart wurden. Doch fehle ein Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen dem dadurch verursachten Zinsschaden und dem Schaden aus der Uneinbringlichkeit der Forderungen auf Rückzahlung der Darlehenssummen.⁴

Ferner mache das Fehlen einer „langfristigen Bonitätsperspektive“ für die M-AG die Darlehensgeschäfte weder in einer Gesamtbetrachtung noch nachträglich und rückwirkend zu nachteiligen Rechtsgeschäften.⁵

2. Kein Verstoß gegen § 57 Abs. 1 AktG – Aufgabe der „November-Rechtsprechung“

Der BGH lässt offen, ob auch eine Schadensersatzpflicht gemäß §§ 93 Abs. 3 Nr. 1, 57 Abs. 1 AktG deswegen in Betracht kommt, weil die Hingabe der unbesicherten Darlehen an die MPS-GmbH gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen könnte. Denn jedenfalls seien die §§ 57, 62, 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG nicht anwendbar neben der Sondervorschrift des § 311 AktG, die einem herrschenden Unternehmen einen zeitlich gestreckten Nachteilsausgleich erlaube.⁶

Der BGH fühlt sich durch die Neuregelung in § 57 Abs. 1 S. 3 (2. Alt.) AktG durch das MoMiG bestätigt, wonach auch bei fehlender Abhängigkeit die Leistung einer AG, die durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist, keine verbotene Einlagenrückgewähr darstellt. Der BGH weist ausdrücklich darauf hin, dass diese Neuregelung lediglich klarstellenden Charakter habe und er insoweit an seiner „November-Rechtsprechung“ nicht festhalte, in der noch der Verlust liquider Mittel durch die Hingabe eines Darlehens einer GmbH an ihren Gesellschafter als verbotene Auszahlung i.S. von § 30 GmbHG begriffen wurde.⁷ Dies gelte auch für Altfälle vor Inkrafttreten von § 57 Abs. 1 S. 3 AktG.

3. Schadensersatzanspruch wegen fehlender Einrichtung von „Frühwarnsystemen“ und unterlassener Kreditkündigung

Wenngleich der BGH eine automatische Nachteilhaftigkeit von unbesicherten Darlehen und eine verbotene Einlagenrückgewähr verneint, gibt er den Organen einer abhängigen AG keinen Freifahrtschein. Nachdem aus einer ex-ante-Perspektive die Darlehen ohne Nachteil ausgereicht worden waren, träfen vielmehr die Organe der M-AG die fortwährende Pflicht, bei den längerfristigen Darlehen Verschlechterungen in der Bonität des Darlehensnehmers und damit Änderungen des Ausfallrisikos zu überprüfen und gegebenenfalls

die Darlehen zu kündigen oder ausreichende (weitere) Sicherheiten zu verlangen.⁸ Da die Darlehen jederzeit kündbar waren, habe insbesondere die Möglichkeit bestanden, mit einer Kündigung der Darlehen zu reagieren. Speziell die beklagten Aufsichtsratsmitglieder hätten es möglicherweise versäumt, im Rahmen ihrer Überwachungspflicht ein geeignetes Informations- oder „Frühwarnsystem“ einzuführen, damit der Vorstand von Bonitätsverschlechterungen unverzüglich Kenntnis erhält und die erforderlichen Vorkehrungen treffen kann. Anlass zu entsprechenden Maßnahmen hätten die Aufsichtsratsmitglieder spätestens in dem Zeitpunkt gehabt, als sie durch den Prüfbericht vom März 2001 erfuhren, dass für die Darlehen keine Sicherheiten bestehen.

Seien die Aufsichtsratsmitglieder ihren Pflichten in diesem Zusammenhang nicht nachgekommen, würden sie nach §§ 93 Abs. 2, 116 S. 1 AktG der M-AG auf Schadensersatz haften, wobei sie die Darlegungs- und Beweislast für die Existenz eines geeigneten Informations- oder „Frühwarnsystems“ treffe. Der Insolvenzverwalter über das Vermögen der M-AG müsse lediglich beweisen, in welchem Umfang der M-AG durch ein eventuell pflichtwidriges Verhalten der Aufsichtsratsmitglieder ein Schaden entstanden ist. Der Schadensersatzanspruch werde durch die §§ 311, 318 AktG nicht verdrängt. Vielmehr könnten daneben Ansprüche aus §§ 317, 318 AktG bestehen, wenn das Unterlassen der geeigneten Maßnahmen auf einer Einflussnahme des herrschenden Unternehmens beruhe.

Ferner stünde einem Schadensersatzanspruch gegen die beklagten Aufsichtsratsmitglieder das „Stillhalteabkommen“ des Insolvenzverwalters mit den Vorstandsmitgliedern der M-AG nicht entgegen.⁹ Die Auslegung dieser Vereinbarung ergebe, dass es sich nicht um einen Erlassvertrag, sondern um ein lediglich *inter partes* wirkendes *pactum de non petendo*¹⁰ handle. Dass die beklagten Aufsichtsratsmitglieder die Vorstandsmitglieder gemäß § 426 BGB möglicherweise in Regress nehmen könnten, schließe diese Auslegung nicht aus.

Weil eine Entscheidungsreife hinsichtlich der vielfältigen Fragen des Bestehens und des Umfangs eines etwaigen Schadensersatzanspruches der M-AG gegen ihre Aufsichtsratsmitglieder noch nicht gegeben war, verwies der BGH den Streitfall an die Vorinstanz zurück.

III. Würdigung

1. Grundlegendes

Das vorliegende „MPS“-Urteil des II. Senats wird Geschichte machen als eine Entscheidung, die für die Reichweite des Aktionärs- und Gläubigerschutzes im faktischen Aktienkonzern neue Rechtsklarheit bringt, sie aber sogleich gegen die Rechtsunsicherheit eintauscht, welche Anforderungen an die fortwährenden Überwachungspflichten zu gelten haben. Die Schutzfrage bei hinauffließenden („upstream“-)Darlehen

³ Vgl. BGH NJW 2009, 850 (851 Rn. 8 ff.).

⁴ Vgl. BGH, NJW 2009, 850 (852 Rn. 17).

⁵ Vgl. BGH NJW 2009, 850 (852 f. Rn. 18).

⁶ Vgl. BGH NJW 2009, 850 (851 Rn. 11). Dies entspricht der in Rechtsprechung und Literatur überwiegenden Ansicht, vgl. z. B. *Habersack/Schürnbrand*, NZG 2004, 689 (692, 693).

⁷ Vgl. BGH NJW 2004, 1111 f. = BGHZ 157, 72.

⁸ Vgl. (auch zum Folgenden) BGH NJW 2009, 850 (852, 853 Rn. 14, 19 ff.).

⁹ Vgl. BGH NJW 2009, 850 (853 Rn. 23).

¹⁰ Eine Vereinbarung darüber, dass bestimmte oder bestimmbare Ansprüche nicht geltend gemacht werden („Stillhaltevereinbarung“).

einer abhängigen Kapitalgesellschaft an das sie beherrschende Unternehmen entscheidet der BGH danach, ob die Hingabe von Liquidität durch einen vollwertigen Rückzahlungsanspruch gedeckt ist und sucht die Lösung für den Fall, dass im Laufe der Zeit die Vollwertigkeit nicht mehr gewährleistet sein sollte, in möglichen Schadensersatzansprüchen gegen Organmitglieder der abhängigen Gesellschaft, sofern die Überprüfung von Ausfallrisiken nicht oder unzulänglich organisiert und die Darlehen in einem kritischen Zeitpunkt „stehen gelassen“ haben. Ob das herrschende Unternehmen auf Schadensersatz haftet, musste der BGH nicht entscheiden, weil die MPS-GmbH im vorliegenden Fall ebenfalls insolvent war und sich deshalb die Klage nicht gegen sie richtete. Die Frage einer etwaigen (möglicherweise „qualifizierten“) Nachteilszufügung durch den Entzug von Liquidität spielte aber nur vordergründig keine Rolle.

2. Zur Nachteilhaftigkeit der Darlehen i.S. von § 311 AktG und zum etwaigen Schadensersatzanspruch aus § 318 AktG

Den Anspruch aus § 318 Abs. 2 AktG als Sondervorschrift für den faktischen Aktienkonzern lehnt der BGH allein wegen der fehlenden Nachteilhaftigkeit der von der M-AG geschlossenen Kreditgeschäfte mit ihrer Mehrheitsaktionärin ab. Dies erklärt, weshalb der BGH zu den weiteren Voraussetzungen des Anspruchs nicht mehr kommt.

Der Prüfung, ob auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen AG die Darlehensgeschäfte so geschlossen hätte, - also ob die Darlehen dem Drittvergleich i.S. von § 317 Abs. 2 AktG standhalten - misst der BGH im Anschluss an sein UMTS-Lizenzen-Urteil zwar Bedeutung dafür zu, ob ein *etwaiger* Nachteil der abhängigen AG auf ihrer Abhängigkeit beruhte (Kausalität der Abhängigkeit).¹¹ Ob ein Nachteil tatsächlich vorliegt, soll sich hingegen „allein nicht“¹² nach dem Drittvergleich entscheiden, sondern es müsse eine konkrete Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage der AG vorliegen. Sonst hätte schon das Fehlen jeglicher Sicherheiten im Zeitpunkt der Darlehensvergabe zur Bejahung eines Nachteils führen müssen. Dies verneint jedoch der BGH mit dem treffenden Argument, dass sogar der gestreckte Nachteilsausgleich nach § 311 Abs. 2 AktG nicht die Einräumung eines gesicherten Rechtsanspruchs verlangt und die abhängige AG bis zum Nachteilsausgleich das Risiko einer Insolvenz des sie beherrschenden Unternehmens trägt.¹³ Aus dem System des gestreckten Nachteilsausgleichs in § 311 Abs. 2 AktG kann damit autonom abgeleitet werden, dass ein vollwertiger Rückgewähranspruch im Zeitpunkt der Darlehensvergabe eine Nachteilhaftigkeit ausschließt. Es kommt allein auf die nähere Konkreti-

sierung des Begriffs der „Vollwertigkeit“ an.¹⁴ Entgegen der Auffassung des BGH¹⁵ bedarf es aber keines Vergleichs mit §§ 57, 62 AktG und eines Argumentierens mit der angeblichen, in seiner Reichweite problematischen¹⁶ „privilegierenden“ Wirkung der §§ 311, 317 f. AktG gegenüber § 57 AktG.

Die nicht marktübliche Verzinsung der Darlehen stellt dagegen nach dem Drittvergleich mit einem Darlehensgeschäft, wie es ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen AG geschlossen hätte, einen Nachteil dar. Vor dem Hintergrund, dass kein Vermögensabfluss stattfindet und es nur auf die Höhe des (Zins-)Zuflusses ankommt, genügt hier der Drittvergleich. Da der Zinsnachteil nicht ausgeglichen wurde, hätte ein Anspruch auf Ersatz des Schadens in Höhe des Zinsnachteils durchaus geprüft werden müssen. Nur insoweit, als ein Ursachenzusammenhang¹⁷ zwischen dem Zinsnachteil und dem Schaden in Höhe des Darlehensausfalls nicht besteht, entfällt der Schadensersatz.

3. Nachteil oder „qualifizierte“ Nachteilszufügung oder „existenzvernichtender“ Eingriff durch Liquiditätsentzug?

Zu Unrecht lässt der BGH die Frage unbehandelt, ob nicht bereits die Hingabe zahlreicher Darlehen mit immer höheren Beträgen von einer nicht als Bank agierenden AG einen Nachteil i.S. von § 311 AktG darstellt.¹⁸ Dies hätte bejaht werden müssen, wenn die M-AG durch den Liquiditätsentzug in ihrem wirtschaftlichen Aktionsradius als Baustoffhändlerin wesentlich eingeschränkt worden wäre. Dass der Nachteil nicht quantifiziert werden kann, schadet im Rahmen von § 311 AktG nicht.¹⁹ Könnte man einen daraus kausal resultierenden Schaden beziffern, wären §§ 317, 318 AktG direkt anwendbar mit der Folge, dass neben den Organmitgliedern der M-AG gemäß § 317 Abs. 3 AktG auch die gesetzlichen Vertreter der MPS-GmbH, welche die M-AG zu den Darlehen veranlasst hatten, als Gesamtschuldner haften würden.

Der Sachverhalt deutet darauf hin, dass aufgrund der häufigen und immer höheren Kreditvergaben der M-AG an ihre Mehrheitsaktionärin möglicherweise unübersichtlich viele, nicht mehr voneinander zu trennende Einflusshandlungen seitens der MPS-GmbH vorlagen. Dies könnte dazu führen, dass bereits die Rechtsfolgen einer „qualifizierten“ Nachteilszufügung im faktischen Aktienkonzern und – weil die Geschehnisse in die Insolvenz der M-AG mündeten – sogar eine Haftung aus § 826 BGB wegen „existenzvernichtenden

¹¹ Vgl. BGH NJW 2008, 1583 (Leitsatz 2 a. E. und Rn. 9) = BGHZ 175, 365 („UMTS-Lizenzen“).

¹² BGH NJW 2009, 850 (851 Rn. 10).

¹³ Vgl. BGH NJW 2009, 850 (851 Rn. 11); siehe zu diesem Argument z. B. *Habersack/Schürnbrand*, NZG 2004, 689 (693); *Mülbart/Leuschner*, NZG 2009, 281 (285); ablehnend *Kropff*, NJW 2009, 814 (816, unter IV 3).

¹⁴ *Kropff* (NJW 2009, 814, 816) weist zu Recht darauf hin, dass eine Besicherung im Einzelfall für die Vollwertigkeit notwendig sein kann. Um einem bestimmten Liquiditätsrisiko zu begegnen, können auch Risikoabschlüsse erforderlich sein.

¹⁵ Vgl. BGH NJW 2009, 850 (852 Rn. 12).

¹⁶ Vgl. näher z. B. *Bayer*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 Rn. 148.

¹⁷ Die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang muss nicht unbedingt bemüht werden.

¹⁸ In diese Richtung auch *Mülbart/Leuschner*, NZG 2009, 281 (285, unter dd); *Kropff*, NJW 2009, 814 (815, unter III: „Klumpenrisiko“).

¹⁹ HM, vgl. z. B. *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Aufl. 2008, § 311 Rn. 43.

Eingriffs“ einschlägig waren.²⁰ Dann hätte die MPS-GmbH der M-AG auf Verlustübernahme analog § 302 AktG oder auf Ersatz eines (allerdings schwer zu beziffernden) Schadens gehaftet. Freilich hatte dies der Insolvenzverwalter der M-AG nicht geltend gemacht, weil auch die MPS-GmbH inzwischen insolvent geworden war.

4. Zur Frage der verbotenen Einlagenrückgewähr

Die §§ 57, 62 AktG und damit auch der Anspruch gegen die beklagten Aufsichtsratsmitglieder aus §§ 116 S. 1, 93 Abs. 2, 3 Nr. 1 AktG werden nur zeitlich befristet von den §§ 311, 317 f. AktG verdrängt, nämlich bis zum Ablauf des Zeitraums, in dem ein Nachteilsausgleich nach § 311 Abs. 2 AktG möglich ist.²¹ Geht es aber um die logisch vorrangige Frage, ob überhaupt ein Nachteil vorliegt, würde eine unterschiedliche Definition des Nachteils einerseits und der gegen § 57 AktG verstoßenden Einlagenrückgewähr andererseits dazu führen, dass bei Ablehnung des Anwendungsbereichs der §§ 311, 317 f. AktG die §§ 57, 62 AktG doch anzuwenden wären. Der BGH musste daher unter systematischen Gesichtspunkten auf den Prüfstand stellen, ob die Auszahlung unbesicherter Darlehen eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellt. Entsprechendes hatte er für § 30 GmbHG in seiner „November-Rechtsprechung“ noch bejaht.²²

Indem der BGH diese Rechtsprechung aufgibt, senkt er den Schutz für Minderheitsaktionäre und Gesellschaftsgläubiger auf das Niveau, welches seit Inkrafttreten des MoMiG und der Neuregelung in § 57 Abs. 1 S. 3 (2. Alt.) AktG allgemein außerhalb eines Konzerns gilt. Hierfür hat der BGH nicht nur die neue gesetzliche Situation, sondern auch die Argumente für eine Angleichung der Schutzniveaus in und außerhalb von Konzerns auf seiner Seite. Möglicherweise soll die „Klarstellung“ des BGH sogar einem Sog in den Konzern vorbeugen.

Dem Drittvergleich kommt im Rahmen von § 57 AktG weiterhin Bedeutung zu, und zwar hier für die Frage, ob die Darlehen angemessen verzinst waren, nicht dagegen für die Frage, ob der bloße Liquiditätsentzug eine verbotene Rückgewähr darstellt.²³

5. Zum Schadensersatz wegen mangelnder fortlaufender Überprüfung und wegen „Stehenlassens“ der Darlehen

Wenn nicht über §§ 57, 62, 311, 317 f. AktG muss der Schutz der abhängigen AG sowie ihrer Minderheitsaktionäre und ihrer Gläubiger auf andere Weise sichergestellt werden. Ob der vom BGH beschrittene Weg über einen Schadensersatz wegen mangelnder Organisation eines Frühwarnsystems und wegen „Stehenlassens“ der ausgereichten Darlehen einen ef-

fizienten Schutz bietet, erscheint in mehrfacher Hinsicht fragwürdig. Auf dieser Frage liegt der zweite große Schwerpunkt des Urteils, den der BGH nicht abschließend entscheidet.

Problematisch sind zunächst Grundlage und Inhalt des geforderten Frühwarnsystems. § 91 Abs. 2 AktG verpflichtet den Vorstand zur Einrichtung von Überwachungssystemen, um die Gefahren für den Bestand der Gesellschaft möglichst früh erkennen und ihnen begegnen zu können. Der BGH stellt jedoch nicht auf diese Vorschrift ab und will ein System zur Früherkennung drohender Ausfälle von Krediten an die Muttergesellschaft offenbar unabhängig davon verlangen, ob die Ausfälle für die Tochtergesellschaft bestandsgefährdend sind. Dafür spricht, dass der BGH die Pflicht der allgemeinen Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG zuordnet und zudem (auch) den Aufsichtsratsmitgliedern der Tochtergesellschaft auferlegt. Offen bleibt insbesondere, welche inhaltlichen Anforderungen an das Frühwarnsystem zu stellen sind, ob externe Sachverständige hinzugezogen werden können oder sogar müssen und ob es neben den Ausfallrisiken der Mehrheitsaktionärin zum Beispiel die Ausfallrisiken aller Schuldner der abhängigen AG und die Risiken eines nachteiligen Liquiditätsentzugs einbeziehen muss. Schwierigkeiten könnten im Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft auftreten, das System „ehrlich“ und ernsthaft umzusetzen, insbesondere bei personellen Verflechtungen.

Besteht ein Frühwarnsystem, stellen sich die weiteren Fragen, ab welchem Grad einer Warnung zu welchem Zeitpunkt in welchem Umfang welche Maßnahmen von wem getroffen werden müssen. Für den Erfolg eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 92 Abs. 2, 116 S. 1 AktG oder aus §§ 317, 318 AktG ist ferner entscheidend, ob der Schaden eines Kreditausfalls kausal auf der Verletzung der Pflicht beruhte. Für diesen Ursachenzusammenhang genügt nicht der Beweis der bloßen Möglichkeit, dass die abhängige AG das Darlehen hätte kündigen oder Sicherheiten fordern können. Vielmehr muss bewiesen werden, dass die abhängige AG die Darlehenssumme tatsächlich zurückerhalten oder ihr das herrschende Unternehmen (zusätzliche) Sicherheiten eingeräumt hätte. Das kann Schwierigkeiten bereiten, wenn das herrschende Unternehmen kurz vor der Insolvenz steht. Dies muss wiederum Rückwirkungen auf den Anforderungskatalog für das Frühwarnsystem haben, insbesondere darauf, wie früh eine Warnung zu erfolgen hat. Schon vor jeder drohenden Störung in der Liquiditätsbalance des herrschenden Unternehmens muss gewarnt werden. Spinnt man den Faden weiter, muss streng genommen schon bei jeder Darlehensvergabe geprüft werden, ob das herrschende Unternehmen die Darlehenssumme jederzeit zurückzahlen oder ausreichend Sicherheiten stellen kann. Verletzen die Organmitglieder der abhängigen AG diese Pflicht, wären sie nicht wegen „Stehenlassens“, sondern bereits wegen der Ausreichung des Darlehens ersatzpflichtig.

Privatdozent Dr. Stefan J. Geibel, Tübingen/Konstanz

²⁰ Zu den Rechtsfolgen bei „qualifizierter“ Nachteilszufügung vgl. z. B. näher *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 9. Aufl. 2008, § 28 Rn. 21, ferner zur Übertragbarkeit der im GmbH-Recht geltenden Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung auf den faktischen Aktienkonzern *Emmerich/Habersack*, aaO. § 28 Rn. 10.

²¹ Vgl. z. B. *Bayer* (Fn. 16), § 57 Rn. 147.

²² Vgl. BGH NJW 2004, 1111 f. = BGHZ 157, 72.

²³ Vgl. näher *Mülbart/Leuschner*, NZG 2009, 281 (282 f.).